

# **Процесуальні особливості проведення трансграничних обшуків і вилучення інформації переданої по телекомунікаційних мережах**

**Максим Смирнов,**

*аспірант, асистент кафедри кримінального процесу Одеської національної юридичної академії*

---

## **Постановка проблеми**

---

Транснаціональна організована злочинність, що переступила всякі кордони, прийняла такі розміри, які вимагають негайного й ефективного міжнародного співробітництва правоохоронних і судових органів держав[1].

Всесвітня Конференція міністрів по організованій злочинності (Неаполь, 21-23 листопада 1994 року), констатувала, що рівень міжнародного співробітництва в боротьбі зі злочинністю за останні 20 років значно виріс, однак “у механізмах співробітництва усе ще мається безліч прогалин, що можуть бути використані в корисливих цілях злочинцями, особливо тими з них, хто належить до найбільш впливових і тих, що добре пристосувалися до нових умов, транснаціональних злочинних організацій. Ці організації являють серйозну загрозу для держав, стримати яку можна лише в тому випадку, якщо вони зуміють налагодити ще більш тісне співробітництво між собою”[2].

Для вироблення заходів для удосконалювання міжнародного співробітництва в області кримінального судочинства необхідною умовою є ретельне вивчення існуючих як на міжнародному рівні, так і, насамперед, національному, відповідних пробілів. Стає важливим оцінити дійсне положення міжнародної юридичної системи в області правового співробітництва по кримінальних справах для того, щоб створити нові положення і поліпшити застосування вже існуючих[3].

Поява нових телекомунікаційних технологій створює умови для росту транснаціональної організованої злочинності, оскільки надає злочинцям можливість порушувати законодавство країн і завдавати шкоди, знаходячись далеко за їх межами[4]. Так, у Резолюції, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН відзначається,

що новітні інформаційні технології і засоби телекомунікації потенційно можуть бути використані в злочинних чи терористичних цілях[5]. Це багато в чому ускладнює діяльність правоохоронних органів по виявленню осіб, що вчинили злочини, і притягненню їх до кримінальної відповідальності. Злочинці адаптували досягнення комп'ютерної технології для розширення власних нелегальних видів діяльності. **Злочини, пов'язані з комп'ютерами, стали більш легкими для вчинення і більш важкими для виявлення, розслідування і доказування[6].**

**Традиційні форми міжнародного співробітництва в питаннях обшуку і виїмки не відповідають більш адекватно потребам держав, ні тих, котрі роблять обшук, ні тих, яких цей обшук стосується.** Традиційні угоди про взаємну правову допомогу були створені в часи, коли географічні кордони необхідно було перетинати фізично для того, щоб одержати необхідну інформацію в іноземній державі. Якщо раніш докази фіксувалися на папері, то сьогодні їхнє місце зайняли невліковимі електронні дані. І якщо колись інформацію чи носії останньої необхідно було фізично передавати з однієї країни в іншу, або була потрібна безпосередня присутність представників органів держави, що здійснює розслідування кримінальної справи, то тепер при збиранні доказів, у тому числі в сфері міжнародного співробітництва в питаннях надання взаємної правової допомоги, усе частіше виникає потреба у використанні можливостей комп'ютерних технологій, особливо при розслідуванні комп'ютерних злочинів. У першу чергу це пов'язано з тим, що електронна інформація зі своєї природи більш мінлива, чим інформація чи докази, зафіксовані на відчутних носіях, таких як папір. Вона може бути легко скопійована, блокована, знищена чи передана з безпрецедентною швидкістю на значне від її відстань.

Усе це повинно стати стимулом для світового співтовариства в питанні удосконалювання методів взаємної правової допомоги в сфері кримінального правосуддя і використання з цією метою переваг глобальної мережі комунікацій і нових технологій[7].

Наведене вище, у сполученні з тим інтересом, що зараз виявляється до розробки і розвитку нових ефективних механізмів міжнародного співробітництва, додає особливу актуальність питанням, розглянутим у пропонованій статті, тим більше що на даний момент комплексні роботи, присвячені системному розгляду теоретичних і

практичних проблем регламентації нових напрямків міжнародного співробітництва і національного законодавства, що регулює взаємну правову допомогу з питань проведення трансграничних обшуків і вилучення телекомунікаційних повідомлень відсутні[8].

---

### **Проблема обмеження суверенітету, конфлікту юрисдикцій і екстратериторіальної [9] дії кримінально-процесуального права**

---

Міжнародне співробітництво в розглянутій сфері безпосередньо торкається як конституційних прав громадян, так і сфери державних інтересів і пов'язана з проблемою обмеження державного суверенітету. **Розуміння суверенітету як неподільного і невідчужуваного неминуче іде в минуле**, як таке що суперечить практиці, яка свідчить про те, що при міжнародному співробітництві держав, у питаннях надання взаємної правової допомоги є у визначеній частині обмеження суверенітету прав держави, яка йде добровільно на цю угоду[10]. Це обмеження припустиме тільки на взаємній і рівній основі. Не може бути абсолютного суверенітету в сфері міжнародного співробітництва, держави установлюють свою взаємозалежність одна від одної, і якщо вона рівноправна, то вона не суперечить принципу суверенітету[11].

Угоди про взаємну правову допомогу ґрунтувалися на загальновизнаних, можна навіть сказати «святих» принципах міжнародного права – суверенітеті, взаємній повазі і територіальності. Принцип державного суверенітету виключав прямі дії правоохоронних і судових органів запитуючої держави на території запитуваного, і прохання про правову допомогу залишалася єдиною можливістю виконати необхідні процесуальні дії.

«Юрисдикція»[12], що є одним з аспектів суверенітету в законодавстві, міжнародній практиці, вітчизняної і закордонної процесуальної теорії використовується при визначенні меж чинності закону [13]. Юрисдикція характеризує державний суверенітет, позначаючи як просторові межі дії державної влади, так і межі її дії по колу осіб. По дії в просторі розрізняють територіальну і екстратериторіальну

юрисдикцію, по характеру влади – законодавчу, виконавчу (адміністративну) і судову, по обсязі – повну і неповну (обмежену)[14]

Загальним правилом є те, що держава здійснює повну юрисдикцію в межах своєї території й обмежено – у відношенні своїх громадян за кордоном, а також у просторі спеціальної економічної зони і континентального шельфу. Юрисдикція, здійснювана в межах державної території, в основі якої лежить територіальний принцип, називається територіальною. За межами державної території, держава здійснює екстратериторіальну юрисдикцію, в основі якої лежить персональний принцип, у силу якого держава може зобов'язати своїх громадян і організації за кордоном дотримувати свої закони. Заснована на персональному принципі юрисдикція носить у цілому обмежений характер, є лише наказовою. У випадку екстратериторіальної юрисдикції, держава, що запитує, не може повною мірою здійснити примус, не використовуючи при цьому додаткові механізми владного впливу.

**Виникають нові грані в оцінці принципів територіальної юрисдикції і подвійної кримінальної відповідальності** («подвійної злочинності», «подвійної кримінальності»). Приміром, американська фірма Америкен Онлайн робить провайдерські послуги в США, Європі й Азії, але всі дані зберігаються в головному офісі фірми в США. Якщо два японських клієнти американської фірми направляють один одному електронну пошту, дані їхнього переписування, зберігаються в США. Тому, якщо влада Японії розслідує злочин, вчинений цими людьми, що живуть у Токіо на території в одну квадратну милю, їм приходится звертатися до влади США для одержання дозволу, знайомиться з переписуванням цих громадян Японії. У той же час, зроблене за такою схемою злочин може вважатися вхідним у юрисдикцію, як Японії, так і США[15].

На думку Ф. Манна, принципу територіальної юрисдикції в його класичному розумінні властиві істотні недоліки, оскільки сучасні реалії такі, що в ряді випадків складно точно локалізувати факти, події чи відносини[16]. Яскравим прикладом неможливості чіткої територіальної локалізації є правовідносини пов'язані з використанням Інтернет. В даний час суди почали виносити рішення на користь того, що передача інформації в межі іноземної юрисдикції чи розміщення інформації в Інтернет може бути достатньою підставою для підпорядкування осіб юрисдикції суду

по місцю одержання інформації[17]. Можлива також прив'язка до місця перебування комп'ютера, з якого відправлена інформація, місце перебування сервера і т.п.

Погляд на юрисдикцію як на строго територіальний інститут застарів. Територіальна юрисдикція не є нерухомим, застиглим інститутом[18]. Її гнучкість, здатність до розумного пристосування в інтересах взаємної правової допомоги ілюструє, зокрема, факт застосування в діючій практиці міжнародного співробітництва норм кримінально-процесуального права однієї держави в сфері юрисдикції іншого. Так, наприклад, **екстратериторіальна кримінально-процесуальна юрисдикція, у тому числі і юрисдикція примуса, передбачена Конвенцією Європейського Союзу про взаємну правову допомогу по кримінальних справах між країнами учасниками Європейського Союзу 2000 р.**[19]. Тенденція до співробітництва органів кримінальної юстиції різних держав у боротьбі зі злочинністю неминуче спричиняє і розширення екстратериторіальної дії кримінально-процесуального права.

Для розслідування злочинів у сфері комп'ютерних технологій необхідні більш швидкі й ефективні дії. Вимагаються такі рішення, що сполучили б оперативність дій правоохоронних органів держав, що роблять розслідування з належною повагою суверенних прав держав. Держави зацікавлені у виробленні нових принципів проведення обшуку і виїмки електронних даних, що адаптували б вимоги суверенітету, взаємоповаги і територіальності стосовно до умов трансграничного обшуку[20].

---

### **Специфіка міжнародного співробітництва в розглянутій сфері**

---

Діяльність по розслідуванню комп'ютерних злочинів здійснюється правоохоронними органами конкретної держави, повноваження якого поширюються винятково на його територію, а їхня реалізація за її межами можлива тільки в порядку надання взаємної правової допомоги. Приймаючи це в увагу, а також вимоги поваги державного суверенітету і юрисдикції різних держав збирання доказів у сегментах глобальних комп'ютерних мереж, що знаходяться за межами території держави, що веде розслідування, повинне здійснюватися з використанням існуючих форм (видів) взаємної правової допомоги по кримінальних справах. Однак **традиційні форми**

**взаємної правової допомоги держав не сприяють оперативному і повному одержанню доказів у виді комп'ютерних даних розташованих на території іноземної держави.** Крім того, надання правової допомоги може тривати нескінченно довго, якщо телекомунікаційне повідомлення проходить кілька держав. У цих випадках досить велика імовірність, що повідомлення буде змінене чи знищене, оскільки, невідкладний характер ситуації, викликаною необхідністю забезпечити збереження доказового матеріалу, може забажати негайного одержання даних чи, принаймні, накладення на них арешту чи їхнього блокування, для того, щоб у такий спосіб забезпечити їхній доказову цінність. У протилежному випадку підозрюваний, добре знайомий з функціонуванням такої комп'ютерної системи і, що має доступ до неї, може швидко вжити заходів і знищити дані, наприклад, стерти їх чи перевести в інший банк даних[21]. Чим більше країн, через які проходить повідомлення, тим вище імовірність того, що правоохоронним органам не вдасться відстежити рух повідомлення з використанням традиційних форм взаємної правової допомоги.

На специфіку міжнародного співробітництва в розглянутій сфері, пов'язаній з трансграничною передачею інформації, зверталася увага експертами ООН ще в 1994 році, оскільки звичайному атрибуту міжнародної економічної діяльності стало збереження даних в одній країні (наприклад, там, де розташований головний офіс компанії) із забезпеченням оперативного доступу до них (даних) партнерів, дочірніх компаній, що функціонують на території інших країн. У такій ситуації органи, що роблять розслідування кримінальних справ зіштовхуються з проблемою, яким чином одержати, що зберігаються на території іноземної держави “історичні дані”[22] у якості можливого доказового матеріалу і чи можна з цією метою скористатися прямим оперативним доступом цими базами даних. Іншими словами, **чи можуть компетентні органи однієї держави одержати прямий трансграничний доступ до банків даних, що знаходиться в сфері юрисдикції іншої держави, без залучення до цього (або чи повідомлення згоди) останнього.**

Відповідно до рекомендацій ООН, державам варто укладати такі угоди, у яких можливість прямого проникнення повинна розглядатися як виключення. Крім того, ці виключення повинні обмовлятися жорсткими умовам, такими як, заморожування даних для того, щоб унеможливити операції з ними з метою збереження даних як

доказового матеріалу; використання такого доказового матеріалу в провідному розслідуванні державі з безпосереднього дозволу держави, у якому зберігається цей доказовий матеріал; надання права на пряме проникнення в банки даних лише у випадку серйозних правопорушень. Причому всі ці дії можливі лише, якщо обставини справи свідчать про те, що при використанні звичайних методів, передбачених у рамках взаємної допомоги, пошук доказів через можливі затримки може не дати результатів. Усі випадки прямого трансграничного доступу обов'язково супроводжуються негайним інформуванням про їх компетентних органів держави, у якому проводиться розслідування[23].

Природа сучасних засобів комунікації приводить до неможливості для будь-якої окремо узяті країни, що діє поодиноко, вирішити проблему злочинів у сфері високих технологій. Розглянуті злочини носять, як правило, транснаціональний характер і вимагають взаємодії правоохоронних органів декількох держав.

Тому потрібно єдиний підхід до роботи з унікальними і з такими, що не мають меж, глобальними мережами зв'язку, у якому необхідне наявність декількох чітко визначених компонентів: внутрішні зусилля повинні бути доповнені новим рівнем міжнародного співробітництва, особливо в умовах, коли глобальні мережі зв'язку сприяють здійсненню злочинних дій, що виходять за рамки окремих країн. Різні країни повинні могли збирати й обмінюватися інформацією в глобальних масштабах, особливо в умовах необхідності швидкого проведення розслідування міжнародних злочинів із застосуванням сучасних технологій, забезпечуючи при цьому дотримання принципів суверенітету, захисту прав людини, демократичних свобод і конфіденційності.

#### ***Література:***

1. *Сташис В.* Деякі аспекти боротьби з організованою злочинністю // Вісник Академії правових наук України. – 2000. - № 4. – С. 133-140; *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Международное уголовное право. – М.: Спарк, 1999. – с. 3-8; Перспективы международного сотрудничества в борьбе с организованной преступностью // Борьба с преступностью за рубежом. – 1999. – № 6. – С. 35. Проблемі підвищення ефективності міжнародного співробітництва в боротьбі з транснаціональною організованою злочинністю (у тому числі комп'ютерної) і розвитку справедливих систем кримінального правосуддя у вітчизняній і закордонній процесуальній теорії приділяється велика увага.

2. Справочный документ Экономического и социального совета ООН. E/CONF. 88/41 September 1994, P. 3.
3. Доклад Совещания межправительственной группы экспертов по вопросам взаимной помощи в области уголовного правосудия (Арлингтон, США, 23-26.02.1998 г.). – Документ ООН E/CN.15/1998/7.
4. *Демин В.* Безопасность в виртуальном пространстве // Безопасность. Достоверность. Информация. – 2002. - № 1. – С. 14.
5. Резолюция 56/19 Генеральной Ассамблеи ООН «Достижения в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности» от 29 ноября 2001 года.
6. *Козлов В.Е.* Теория и практика борьбы с компьютерной преступностью. – М.: Горячая линия – Телеком, 2002. – с. 3.
7. *Милинчук В.В.* Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. – М.: Юрлитинформ, 2001. – с. 128.
8. У Росії проведені перші комплексні монографічні дослідження теоретичних і практичних проблем застосування норм міжнародного права в національному кримінальному процесі, правовому регулюванню нових форм взаємної правової допомоги по кримінальних справах, чому присвячена дисертація на змагання ученого ступеня доктора юридичних наук *Н.Н. Маришевой* «Международная правовая помощь по гражданским и уголовным делам» (1996), дисертації на змагання ученого ступеня кандидата юридичних наук *В.В. Милинчук* «Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития» (2001), *В.М. Волженкіной* «Применение норм международного права в российском уголовном процессе: проблемы теории и практики» (1999), дисертація на змагання ученого ступеня доктора юридичних наук *О.Г. Волеводза* «Правовые и методические основы деятельности органов предварительного следствия России по розыску, аресту и обеспечению за рубежом денежных средств и имущества, полученных преступным путем» (1999), *О.Г. Волеводза* «Правовые основы новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса» (2002). Пальма першості по проблемі міжнародного співробітництва у виявленні, відстеженні, збереженні і вилученні інформації переданої по телекомунікаційних мережах належить *О.Г. Волеводзу*, автору численних, що представляють інтерес публікацій.
9. Тут використовується міжнародно визнаний термін «екстратериторіальное» замість прийнятого у вітчизняній літературі «екстериторіальне» дія права. Экстратерриториальное – означає «вихідне за межі території», а екстериторіальне – «находящееся поза територією». Див.: *Лукашук И.И.* Міжнародне право. Загальна частина. Підручник. – М.: БЕК, 1997. – с. 216; *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Международное уголовное право: Учебник. – М.: Спарк, 1999. – с. 47-50; *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве: Учебно-практическое пособие. – М.: Российский Юридический Издательский Дом, 1998. – с. 17-25;



- Ключников Ю.В.* Принципы осуществления предписывающей юрисдикции // Международное публичное и частное право. – 2002. - № 1. – С. 13, 16.
10. *Кудряшов С.М.* Действие общих принципов международного права в информационной сфере // Право и политика. – 2001. - № 6. – С. 52-53; *Оборотов Ю.Н.* Современное государство: основы теории. – Одесса: Астропринт, 1998. – С. 21.
11. *Кудряшов С.М.* Действие общих принципов международного права в информационной сфере // Право и политика. – 2001. - № 6. – С. 52-53.
12. Юрисдикция (лат. *jurisdictio* – судопроизводство, от *jus* – право и *disco* – говорю) – установленная законом совокупность правомочий соответствующих государственных органов разрешать правовые споры и дела о правонарушениях, оценивать действия лица или иного субъекта права с точки зрения их правомерности, применять юридические санкции к правонарушителям; отправление правосудия, а также иная деятельность государственных органов по рассмотрению споров, дел о правонарушениях и применению санкций. См.: Большой юридический словарь / Под ред. *А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских*. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ИНФРА-М, 2002. – с. 696.
13. *Буроменский М.В.* Значение международной уголовно-правовой юрисдикции в борьбе с организованной преступностью // Збірник наукових праць Харківського Центру по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні. Вип.. 2. – Харків: Харківський Центр по вивченню організованої злочинності спільно з Американським Університетом у Вашингтоні, 2001. – С. 49; *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве: Учебно-практическое пособие. – М.: Российский Юридический Издательский Дом, 1998. – с. 17.
14. *Галенская Л.Н.* Правовые проблемы сотрудничества государств в борьбе с преступностью. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1978. – с. 36-37.
15. *Волеводз А.Г.* Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса. – М.: Юрлитинформ, 2002. – с. 310-311; *Милинчук В.В.* Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. – М.: Юрлитинформ, 2001. – с. 148.
16. *Mann F.A.* Studies in international law. – Oxford, Clarendon Press, 1973. P. 28-30.
17. Lawrence Street, F. Grant, Mark P. Law of the Internet. – Charlottesville, Virginia, Lexis Law Publishing, 2000. P. 271.
18. *Ключников Ю.В.* Принципы осуществления предписывающей юрисдикции // Международное публичное и частное право. – 2002. - № 1. – С. 13.
19. Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on mutual assistance in criminal matters between the Members States of the European Union // Official Journal of the European Communities, 17.7.2000. – P. 197/6.

20. Під останнім розуміється обшук у комп'ютерних мережах (чи в середовищі для збереження комп'ютерних даних) на території іноземної держави з метою виявлення, збереження і вилучення необхідної для виробництва по кримінальній справі комп'ютерної інформації. Див.: *Волеводз А.Г.* Правовые основы новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2000. – С. 27; *Волеводз А.Г.* Противодействие компьютерным преступлениям: правовые основы международного сотрудничества. – М., 2002. – с. 207.

21. Міжнародний огляд кримінальної політики № 43, № 44 1994 рік. Посібник Організації Об'єднаних Націй по попередженню злочинів, зв'язаних із застосуванням комп'ютерів, і боротьбі з ними. Організація Об'єднаних Націй. – Нью-Йорк, 1994. – с. 50-51; Расследование компьютерных преступлений // Борьба с преступностью за рубежом. – 1999. - № 1. – С. 20

22. При розслідуванні злочинів, зроблених з використанням комп'ютерних мереж, можуть використовуватися їхні сліди, що представляють собою зведення про проходження інформації з провідного, радіо-, оптичної й іншим електромагнітним системам зв'язку, що носять узагальнена назва, що зберігаються постачальниками послуг (провайдерами, операторами електрозв'язку) «історичні дані» про сеанси зв'язку чи передані повідомлення, або «дані про потоки» чи «дані про потоки інформації», або «зведення про повідомлення, переданих по мережах електричного зв'язку (електрозв'язку)». Існує дві основні категорії «історичних даних»: дані про користувача і зведення про повідомлення. Див.: *Волеводз А.Г.* Следы преступлений, совершенных в компьютерных сетях // Российский следователь. – 2002. - № 1. – С. 4-5.

23. Міжнародний огляд кримінальної політики № 43, № 44 1994 рік. Посібник Організації Об'єднаних Націй по попередженню злочинів, зв'язаних із застосуванням комп'ютерів і боротьбі з ними. Організація Об'єднаних Націй. – Нью-Йорк, 1994. – с. 51.

24. Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on mutual assistance in criminal matters between the Members States of the European Union // Official Journal of the European Communities, 17.7.2000. – P. 197/6.